

Examenshilfe: Gerichtliche Kontrolle von Gefahrenabwehrmaßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz („Corona-Fälle“)

Stand: 14. April 2020

Das Infektionsschutzrecht war bisher nur gelegentlich Gegenstand von Assessorexamensklausuren. Das dürfte sich angesichts der ab Mitte März von den Ländern zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie erlassenen Regelungen ändern. Die durch die Regelungen verfügten Grundrechtseinschränkungen haben bereits jetzt zu ungefähr 100 verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen geführt. Erfahrungsgemäß bildet sich eine gerichtliche Sonderkonjunktur von Fällen über kurz oder lang auch im Assessorexamen ab. Zudem ist das Infektionsschutzgesetz ein bundesrechtliches Sonderordnungsgesetz, wie das Bundespolizeigesetz, das Waffengesetz, das Versammlungsgesetz und das Tierschutzgesetz, die alle regelmäßig Gegenstand von Examensklausuren sind. Es eignet sich daher gut für die bundesweite Prüfung des Gefahrenabwehrrechts.

1. Wesentliche examensrelevanten Regelungen des Infektionsschutzgesetzes

Das Infektionsschutzgesetz dient der Gefahrenabwehr. Das folgt aus § 1 IfSG. Zweck des IfSG ist danach, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Damit sind die Rechtsgüter benannt, zu deren Schutz Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz ergriffen werden dürfen. Im Übrigen müssen Sie Ihr Augenmerk vor allem auf den fünften (§§ 24 ff. IfSG) und sechsten (§§ 33 ff. IfSG) Abschnitt des IfSG richten. Dort sind die Ermächtigungsgrundlagen für die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten und den Infektionsschutz bei bestimmten Einrichtungen, Unternehmen und Personen enthalten. Außerdem kann der 2. Abschnitt des IfSG (§§ 4 bis 5a IfSG) von Bedeutung sein, in dem die Ermächtigungsgrundlagen für den Bundesgesundheitsminister nach Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite enthalten sind (§ 5 Abs. 2 IfSG).

Wie andere Sonderpolizeigesetze auch, enthält das Infektionsschutzgesetz in § 28 I 1 HS. 1 IfSG eine Generalklausel. Liegen deren Tatbestandsvoraussetzungen vor, darf die zuständige Behörde die notwendigen Schutzmaßnahmen ergreifen. § 28 I 1 IfSG enthält darüber hinaus in seinem Halbsatz 2 zwei Standardmaßnahmen. Unter den Voraussetzungen des § 28 I 1 HS. 1 IfSG darf die zuständige Behörde Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen (§ 28 I 1 HS. 2 Alt. 1 IfSG) oder bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten (§ 28 I 1 HS. 2 Alt. 2 IfSG). Weitere Standardmaßnahmen enthält § 28 I 2 IfSG. Danach kann die zuständige Behörde unter den Voraussetzungen des § 28 I 1 IfSG Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken (§ 28 I 2 Alt. 1 IfSG) oder verbieten (§ 28 I 2 Alt. 2 IfSG), Badeanstalten schließen (§ 28 I 2 Alt. 3 IfSG) oder die in § 33 genannten Gemeinschaftseinrichtungen (Kindertageseinrichtungen, Kinderhorte, Kindertagespflege, Schule, sonstige Ausbildungseinrichtungen, Heime und Ferienlager) schließen (§ 28 I 2 Alt. 4 IfSG). Daneben treten weitere Standardmaßnahmen in § 29 IfSG (Beobachtung), § 30 IfSG (Quarantäne) und § 31 IfSG (Berufliches Tätigkeitsverbot).

Die genannten §§ 28 bis 31 IfSG ermächtigen zum Erlass von Verwaltungsakten im Sinne des § 35 VwVfG. Dabei kann es sich um einen klassischen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG handeln. Denkbar ist aber auch der Erlass einer Allgemeinverfügung (§ 35 Satz 2 VwVfG).

Neben die Ermächtigungen der §§ 28 bis 31 IfSG tritt § 32 Satz 1 IfSG. Die Vorschrift gestattet den Landesregierungen den Erlass von Gefahrenabwehrverordnungen, bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen, die für den Erlass von Verfügungen nach §§ 28 ff. IfSG maßgeblich sind.

2. Examensrelevante Fallkonstellationen

Im Assessorexamen können nach dem derzeitigen Stand die folgenden Fälle auftreten:

- ⇒ infektionsschutzrechtliche Verfügungen gegen die sich der Adressat im Eilverfahren oder im Hauptsacheverfahren wendet (a)
- ⇒ Streitigkeiten, in denen der Erlass einer infektionsschutzrechtlichen Verfügung im Eilverfahren oder im Hauptsacheverfahren begehrt wird (b) und
- ⇒ Verfahren, in denen im Eil- oder im Hauptsacheverfahren über die Gültigkeit einer Infektionsschutzverordnung gestritten wird (c).

a) Die infektionsschutzrechtliche Verfügung

Bisher waren hauptsächlich Geschäftsschließungen¹, Veranstaltungsverbote², Versammlungsverbote³, Verbote, die Zweitwohnung aufzusuchen⁴ oder in ihr zu verweilen⁵, Gottesdienstverbote⁶, Schulbesuchsverbote⁷, Beschränkungen des Taxiverkehrs⁸, Betretungsverbote für öffentliche Orte⁹ und die Anordnung einer Maskenpflicht¹⁰ Gegenstand von verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten.

¹ VG Köln, Beschluss vom 20. März 2020 – 7 L 510.20 – (Spielhallen), VG München, Beschluss vom 20. März 2020 – M 26 S 20.1222 - (Einzelhandel), VG Bremen, Beschluss vom 26. März 2020 – 5 V 553.20 – (Sonderpostengeschäfte), VG Hamburg, Beschluss vom 27. März 2020 – 14 E 1428.20 (Fitnessstudios), VG Minden, Beschluss vom 27. März 2020 (Eiscafe), VG Schleswig, Beschluss vom 1. April 2020 (kosmetische Fußpflege), VG Minden, Beschluss vom 2. April 2020 – 7 L 272.20 (Hundesalon), VG Aachen, Beschluss vom 3. April 2020 – 7 L 259.20 – (Weinhandel), VG Berlin, Beschluss vom 6. April 2020 – 14 L 35.20 – (Marktstand für Keksausstechformen), VG Bremen, Beschluss vom 6. April 2020 – 5 V 604.20 – (Fliesenmarkt) und VG Schleswig, Beschluss vom 9. April 2020 – 1 B 28.20 – (mobiler Hähnchenverkaufsstand)

² VG Düsseldorf, Beschluss vom 20. März 2020 – 7 L 575.20 – (Veranstaltung in Gaststätte), VG Stuttgart, Beschluss vom 14. März 2020 – 16 K 1466.20 – (Late-Night-Shopping) und VG Minden, Beschluss vom 12. März 2020 – 7 L 212.20 – (Großveranstaltung)

³ VG Hannover, Beschluss vom 27. März 2020 – 15 B 1968.20 -, VG Dresden, Beschluss vom 30. März 2020 – 6 L 212.20 -, VG Gießen, Beschluss vom 31. März 2020 – 4 L 1332.20.GI -, VG Neustadt, Beschluss vom 2. April 2020 – 5 L 333.20 -, VG Schleswig, Beschluss vom 3. April 2020 – 3 B 30.20 -

⁴ VG Schleswig, Beschluss vom 25. März 2020 – 1 B 30.20 -, VG Potsdam, Beschluss vom 31. März 2020 – 6 L 302.20 -, VG Kassel, Beschluss vom 9. April 2020 – 5 L 661.20.KS, OVG Schleswig, Beschluss vom 3. April 2020 - 3 MB 8.20 -, OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. April 2020 – OVG 11 S 15.20, OVG 11 S 16.20 -

⁵ VG Schleswig, Beschluss vom 22. März 2020 – 1 B 17.20 -, VG Oldenburg, Beschluss vom 27. März 2020 – 7 B 721 -, VG Oldenburg, Beschluss vom 31. März 2020 – 7 B 709.20 -

⁶ VG Leipzig, Beschluss vom 6. April 2020 – 3 L 182.20 -, VG Berlin, Beschluss vom 8. April 2020 – 14 L 32.20 -, VG Hannover, Beschluss vom 8. April 2020 – 15 B 2112.20 -, OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 8. April 2020 - OVG 11 S 21.20 -, BVerfG, Beschluss vom 10. April 2020 - 1 BvQ 31.20 -

⁷ VG Bayreuth, Beschluss vom 11. März 2020 - B 7 S 20.223 -

⁸ VG Göttingen, Beschluss vom 20. März 2020 - 4 B 56.20 -

⁹ VG Freiburg, Beschluss vom 25. März 2020 - 4 K 1246.20 -

¹⁰ VG Gera, Beschluss vom 6. April 2020 - 3 E 432.20 GE -

aa) Hauptsacheverfahren

(1) Zulässigkeit

Bei der Erörterung der **Statthaftigkeit** des gewählten Rechtsbehelfs (§ 42 I VwGO) kann die Frage auftreten, ob es sich bei der angegriffenen Maßnahme um eine Allgemeinverfügung oder eine Rechtsverordnung handelt. Sie müssen dann das behördliche Handeln aus Sicht des objektiven Betrachters in der Lage des Adressaten der behördlichen Maßnahmen auslegen (§§ 133, 157 BGB) und anschließend prüfen, ob Ihr Auslegungsergebnis die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 VwVfG erfüllt.

Ergänzend kann im Rahmen der Statthaftigkeit zu prüfen sein, ob sich die (Allgemein-) Verfügung inzwischen **erledigt** hat, etwa weil sie wegen Zeitablaufs außer Kraft getreten oder durch eine andere Allgemeinverfügung ersetzt worden ist. In letzterem Fall ist zu überlegen, ob der Kläger seine Klage auf die neue Allgemeinverfügung erstrecken kann, was in der Literatur überwiegend bejaht wird.¹¹ Das wird im Examen regelmäßig der Fall sein, da sich das Gericht andernfalls nicht inhaltlich mit der geltenden Verfügung beschäftigen kann.

Im Übrigen können Sie (neben den allgemein immer wieder auftretenden Problemen bei der Klagefrist) mit der Frage konfrontiert werden, ob dem Kläger deswegen das **Rechtsschutzbedürfnis** abzusprechen ist, weil eine Verordnung nach § 32 Satz 1 IfSG eine inhaltsgleiche Regelung enthält. Vereinzelt ist in der Rechtsprechung insoweit vertreten worden, dem Kläger fehle dann das Rechtsschutzbedürfnis, weil ihm ein Erfolg im Klageverfahren nichts nütze. Er müsse die Regelung immer noch befolgen.¹² Dieser Meinung sollten Sie nicht folgen. Das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage kann nur dann verneint werden, wenn die Klage ihm unter keinem denkbaren Gesichtspunkt einen rechtlichen Vorteil bringen kann. Solange er die Rechtsverordnung noch angreifen kann, wird man das nicht annehmen können. Es kann nämlich regelmäßig nicht ausgeschlossen werden, dass die Verordnung aus den Gründen, die der Kläger gegen die Allgemeinverfügung vorbringt, nichtig ist.

(2) Begründetheit

(2.1) Richtige Ermächtigungsgrundlage

In der **Begründetheitsprüfung** müssen Sie zunächst überlegen, welche **Ermächtigungsgrundlage** die Richtige ist. Insoweit ist der Anwendungsbereich der in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen durch Auslegung zu bestimmen. Kommt danach die Anwendung mehrerer Ermächtigungsgrundlagen in Betracht, sind diese in der Regel nach dem Spezialitätsgrundsatz zu reihen. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der vorrangig anzuwendenden Ermächtigungsgrundlage nicht gegeben, müssen Sie wiederum durch Auslegung der vorrangig anzuwendenden Ermächtigungsgrundlage bestimmen, ob diese eine Anwendung genereller Ermächtigungsgrundlagen neben ihr zulässt.

¹¹ vgl. z.B. Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Auflage, § 79 Rn. 30 f.

¹² VG Freiburg, Beschluss vom 25. März 2020 – 4 K 1246.20 -

Ein denkbarer Anwendungsfall ist die **Konkurrenz von Versammlungsrecht und Infektionsschutzrecht**. Der Wortlaut des § 28 I 2 2 Alt. 1 IfSG bezieht sich ausdrücklich nur auf Veranstaltungen und sonstige Ansammlungen. Versteht man den Begriff der Ansammlung weit, sind auch Versammlungen erfasst, versteht man ihn eng, steht er neben dem Versammlungsbegriff. In letzterem Fall wäre ein Versammlungsverbot nach Infektionsschutzrecht nicht möglich. Allerdings spricht die Systematik des Infektionsschutzgesetzes für ein weites Verständnis des Ansammlungsbegriffs. Denn der Gesetzgeber hat in § 28 I 3 IfSG Art. 8 GG ausdrücklich als ein durch eine infektionsschutzrechtliche Verfügung einschränkbares Grundrecht genannt. Es ist üblich, das Ergebnis dieser Prüfung in einem Satz am Anfang der Begründetheitsprüfung zu erwähnen. Warum diese und keine andere Norm einschlägig ist, erläutern Sie dann aber erst in der Begründetheitsprüfung (z.B.: Der Bescheid ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 I 1 VwGO). Ermächtigungsgrundlage für den angegriffenen Bescheid ist § 28 I 1 IfSG. Der Bescheid ist formell rechtmäßig. ... Der Bescheid ist materiell rechtmäßig. Vorliegend ist § 28 I 1 IfSG einschlägig und nicht ..., weil ... Die Norm ist auch mit höherrangigem Recht vereinbar Ihre Tatbestandsvoraussetzungen sind gegeben ...).

(2.2) Formelle Rechtmäßigkeit der Verfügung

Im Rahmen der **formellen Rechtmäßigkeitsprüfung** können Sie neben den klassischen Problemen (Zuständigkeit, Verfahren, Form) auf das Problem stoßen, ob die Verwaltung die angegriffene Regelung in der Form der Allgemeinverfügung erlassen durfte. Der Erlass einer Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 Alt. 1 VwVfG ist ebenso wie der Erlass eines (normalen) Verwaltungsaktes nach § 35 Satz 1 VwVfG nur zulässig, wenn ein Einzelfall geregelt wird. Die durch Allgemeinverfügung getroffene Regelung muss sich daher auf einen konkreten Sachverhalt beziehen und sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richten. Das ist bei der Regelung, einen physischen Mindestabstand von 1,5 m zu halten, nicht der Fall. Denn die Regelung soll alle Personen erfassen, die sich aktuell und zukünftig im Geltungsbereich der Regelung aufhalten.¹³

(2.3) Materielle Rechtmäßigkeit

Begründung der Anwendbarkeit der Ermachtigungsgrundlage

Bei der Prüfung der **materiellen Rechtmäßigkeit** müssen Sie, wie schon ausgeführt, zunächst darauf eingehen, warum die von Ihnen Eingangs der Begründetheitsprüfung genannte Norm die **einschlägige Ermachtigungsgrundlage** ist.

Ermachtigungsgrundlage verfassungskonform?

Anschließend müssen Sie prüfen, ob die **Ermachtigungsgrundlage** (insgesamt) **verfassungskonform** ist. Anders als im Referendarexamen, gehen Sie im Assessorexamen auf diesen Punkt aber nur auf ausdrückliche Rüge der Parteien ein.

¹³ VG München, Beschluss vom 24. März 2020 – M 26 S 20.1252 – juris Rn. 22

Problematisch können hier Verfügungen werden, die auf **§ 28 I 1 HS 2 Alt. 1 IfSG** gestützt werden. Die Vorschrift ermächtigt die zuständige Behörde, Personen zu verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht zu verlassen. Die Vorschrift kann als Ermächtigung zu einer **Freiheitsentziehung** verstanden werden.¹⁴ Eine solche wird üblicherweise als völlige Aufhebung der tatsächlich und rechtlich gegebenen Bewegungsfreiheit verstanden.¹⁵ Diese Aufhebung muss auch nicht durch physische Maßnahmen erreicht werden. Es genügt vielmehr auch, dass man am Verlassen eines bestimmten Ortes durch psychischen Zwang, wie etwa einer Vollstreckungsdrohung oder einer Strafandrohung (vgl. §§ 73 ff. IfSG) gehindert wird.¹⁶ Kommen Sie zum Ergebnis, dass die Norm zu einer Freiheitsentziehung ermächtigt, stellt sich die weitere Frage, ob sie selbst schon wegen Verstoßes gegen Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG verfassungswidrig ist, weil sie die dann erforderlichen Regelungen für die richterliche Entscheidung nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG nicht trifft oder ob nur eine darauf gestützte Verfügung deswegen rechtswidrig ist. Letztlich müssen Sie also entscheiden, ob die Imperfektion der Norm zu ihrer Verfassungswidrigkeit führt oder ob lediglich die auf ihre Anwendung gegründeten Hoheitsakte rechtswidrig sind. Im Examen empfiehlt es sich, damit Sie keine Richtervorlage nach Art. 100 I GG verfassen müssen, dass Sie sich für letztere Variante zu entscheiden.

Prüfung der Tatbestandsmerkmale für den Eingriff

An diese Ausführungen schließt sich die Prüfung an, ob die **Tatbestandsmerkmale für den verfügten Eingriff** gegeben sind. Hier prüfen Sie die Tatbestandsvoraussetzungen, die in der **Ermächtigungsnorm** selbst enthalten sind und, soweit die Vorschrift das nicht ausdrücklich regelt, die an anderer Stelle niedergelegten Voraussetzungen der **Störerhaftung**. Anders ausgedrückt: Sie prüfen, ob die erforderliche Gefahr gegeben ist und ob der Adressat der Verfügung zu ihrer Abwendung als Störer oder als verantwortlicher Nichtstörer herangezogen werden kann. Beachten Sie, dass der Gesetzgeber in den von ihm erlassenen Sonderordnungsgesetzen nicht immer so schön formuliert, wie Sie es aus ihrem allgemeinen Polizeigesetz kennen. Eines ist, egal, wie der Gesetzgeber formuliert, allen Gefahrenabwehrgesetzen aber gleich: Es geht immer um die Abwehr einer in der Zukunft liegenden Schädigung von Rechtsgütern. Deren Verletzung muss mit der vom Gesetzgeber vorausgesetzten Wahrscheinlichkeit drohen.

Gewendet auf die **Eingriffsnorm des § 28 I 1 IfSG** ergibt sich folgendes: Tatbestandlich setzt die Norm lediglich voraus, dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Die Begriffe Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ausscheider und Ansteckungsverdächtiger werden in § 2 Nr. 4 bis 7 IfSG definiert. Sie nehmen alle Bezug auf den Begriff der übertragbaren Krankheit, die wiederum in § 2 Nr. 3 IfSG definiert ist. Daraus ergibt sich folgendes Prüfungsschema für den Gefahrtatbestand:

1. Sie prüfen zunächst, ob jemand bereits an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist (**Kranker**). Dann darf die Behörde ohne Weiteres handeln. Eine Gefahrenprognose im Sinne der Prüfung einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit der zukünftigen Verletzung von Schutzgütern ist dann

¹⁴ Die Gesetzesbegründung schweigt zu diesem Problem (vgl. BT-Drs. 19/18111 S. 25)

¹⁵ Wolff, in: Hömig/Wolff, GG, 12. Auflage 2018, Art. 104, Rn. 7

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 4. Juli 1999 – 2 BvR 1368/98 – NStZ 1999, 570

nicht weiter erforderlich. Der Gesetzgeber fingiert hier sozusagen das Vorliegen einer Gefahr, sobald irgendwer an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist (§§ 28 I 1, 2 Nr. 4, Nr. 3 IfSG).

2. Anschließend prüfen Sie gegebenenfalls, ob ein Person vorhanden ist, bei der Krankheitssymptome bestehen, die das Vorliegen einer bestimmten übertragbaren Krankheit vermuten lassen (**Krankheitsverdächtiger** - §§ 28 I 1, 2 Nr. 5, Nr. 3 IfSG). Insoweit müssen Sie also zunächst feststellen, ob eine Person überhaupt Symptome einer übertragbaren Krankheit hat. Daran schließt sich eine Wahrscheinlichkeitsprüfung an, die der Gesetzgeber mit dem Begriff „vermuten lassen“ beschreibt. Nur wenn die Symptome mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vermuten lassen, dass eine Person an einer übertragbaren Krankheit erkrankt ist, darf die Behörde nach §§ 28 I 1, 2 Nr. 5, Nr. 3 IfSG handeln.
3. Sodann prüfen Sie gegebenenfalls, ob eine Person Krankheitserreger ausscheidet und dadurch eine Ansteckungsquelle für die Allgemeinheit sein kann (**Ausscheider** - §§ 28 I 1, 2 Nr. 6, Nr. 3 IfSG). Wiederum müssen Sie zunächst feststellen, ob die Person überhaupt Krankheitserreger ausscheidet. Daran schließt sich die Frage an, ob die Person deswegen eine Ansteckungsquelle für die Allgemeinheit sein kann. Es genügt insoweit also schon eine sehr niedrige Wahrscheinlichkeit (Möglichkeit), dass die Person andere anstecken könnte.
4. Danach prüfen Sie, ob ein Person Krankheitserreger aufgenommen hat (**Ansteckungsverdächtiger**). Eine Wahrscheinlichkeitsprüfung verlangt das Gesetz an dieser Stelle wiederum nicht. Es fingiert vielmehr die Gefahr schon dann, wenn eine Person Krankheitserreger aufgenommen hat (§§ 28 I 1, 2 Nr. 7, Nr. 3 IfSG).
5. Zuletzt prüfen Sie, ob ein **Verstorbener** krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war. Ist das der Fall, darf die Behörde wiederum ohne weitere Wahrscheinlichkeitsprüfung Eingriffe verfügen.

Ist der Adressat Störer oder kann er als nicht verantwortliche Person herangezogen werden?

Haben Sie den Gefahrtatbestand bejaht, ist weiter zu prüfen, ob der Adressat der Verfügung zur Beseitigung der Störung herangezogen werden kann. Zu prüfen ist also, ob der Adressat **Störer** der Gefährdung ist und deswegen zur Gefahrbeseitigung herangezogen werden kann oder ob er ausnahmsweise als **nicht verantwortliche Person** Adressat einer Gefahrenabwehrverfügung sein kann. § 28 I 1 IfSG enthält hierzu keine ausdrückliche Regelung. Allerdings wird man seiner Systematik entnehmen können, dass eine Person, die Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ausscheider oder Ansteckungsverdächtiger ist, als Zustandsstörer zur Gefahrenabwehr herangezogen werden kann. Das folgt aus dem Umstand, dass der Gefahrtatbestand an die Eigenschaft einer Person als Kranker, Krankheitsverdächtiger, Ansteckungsverdächtiger oder Ausscheider anknüpft. Im Übrigen ist § 28 I 1 HS 2 Alt.1 IfSG zu entnehmen, dass grundsätzlich auch jede andere Person als verantwortlicher

Nichtstörer herangezogen werden kann. Eine **Reihenfolge** zwischen der Zustandsstörerhaftung und der Haftung als nicht verantwortliche Person stellt § 28 I IfSG nicht auf. Allerdings wird man hier auf die allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung zurückgreifen können, wie sie in den allgemeinen Polizeigesetzen der Ländern niedergelegt sind. Danach darf eine nichtverantwortliche Person erst dann zur Störungsbeseitigung herangezogen werden, wenn eine erhebliche Gefahr vorliegt, Maßnahmen gegen die Störer der Gefahr nicht rechtzeitig möglich sind oder keinen Erfolg versprechen, die Behörde die Gefahr nicht selbst oder durch Beauftragte abwehren kann und die nicht verantwortlichen Personen ohne erhebliche eigene Gefährdung und ohne Verletzung höherwertiger Pflichten in Anspruch genommen werden können.

Ermessensprüfung

Der letzte Prüfungspunkt im Rahmen der materiellen Rechtmäßigkeit der Verfügung ist die Kontrolle der behördlichen **Ermessensausübung**. Insoweit gilt § 114 VwGO. Das der Behörde eingeräumte Ermessen ist daraufhin zu überprüfen, ob die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen **überhaupt ausgeübt** hat, ob sie die **gesetzlichen Grenzen des Ermessens** eingehalten hat und ob sie ihr **Ermessen entsprechend des Zwecks der Norm** ausgeübt hat. In gefahrenabwehrrechtlichen Klausuren sind üblicherweise die Kontrolle des Entschließungsermessens (also die Frage, ob die Behörde überhaupt tätig wird) und des Auswahlermessens hinsichtlich des gewählten Mittels und des gewählten Störers zu kontrollieren.

In Infektionsschutzklausuren entfällt die Kontrolle des Entschließungsermessens. Die Behörde ist bei Vorliegen des Tatbestandes des § 28 I 1 IfSG verpflichtet einzuschreiten. Bei der Kontrolle des Auswahlermessens rückt zunächst das Auswahlermessen hinsichtlich der Maßnahme in den Blick. Nachdem Sie festgestellt haben, ob die Behörde überhaupt Ermessen ausgeübt hat, prüfen Sie die gesetzlichen Grenzen. Dabei müssen Sie besonders ihr Augenmerk auf die Wahrung des **Verhältnismäßigkeitsprinzips** und der **Grundrechte** richten. Nur eine Maßnahme, die verhältnismäßig und im Übrigen mit den Grundrechten vereinbar ist, wahrt die gesetzlichen Ermessensgrenzen. Anschließend prüfen Sie, ob die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen entsprechend seines Zwecks ausgeübt hat

Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips?

Die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erfolgt in insgesamt vier Schritten. Zunächst müssen Sie überlegen, welchen **Zweck** die Behörde mit ihrer Maßnahme verfolgt und ob dieser Zweck nach dem Gesetz auch verfolgt werden darf. Anschließend prüfen Sie, ob die Maßnahme **geeignet, erforderlich** und **angemessen** ist.

Bei der Prüfung des **Zwecks der Maßnahme** kommt der politische Handlungsspielraum der Exekutive zum Tragen. Die Exekutive darf grundsätzlich jeden verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgen. Allerdings kann das jeweils anzuwendende Gesetz dem Grenzen setzen. So verhält es sich im Infektionsschutzgesetz. Nach § 28 I 1 IfSG dürfen Maßnahmen nur zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erfolgen.

Anschließend müssen Sie prüfen, ob die Maßnahme bezogen auf den verfolgten Zweck der Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten **geeignet** im Sinne von zweckförderlich ist. Problematisch kann das werden, wenn Freiheitsbetätigungen verboten werden, denen kein Infektionsrisiko innewohnt, verboten werden.

Das kann der Fall sein, bei Tätigkeiten, bei denen keine Begegnungen zwischen Menschen stattfinden oder wenn Personen von der Verfügung erfasst werden, von denen kein Infektionsrisiko ausgehen kann, weil sie gegenüber der Krankheit immun sind.

Sodann prüfen Sie, ob die Maßnahme **erforderlich** ist, also ob es keine gleich geeignete mildere Maßnahme gibt. Insoweit müssen Sie in der Assessorklausur aber nur auf die von dem Kläger angebotenen alternativen Maßnahmen eingehen. Beispielsweise könnte zu erörtern sein, ob die konsequente Wahrung eines Abstandes zwischen Kunden eines Geschäfts, der ein Infektionsrisiko ausschließt, gegenüber der vollständigen Schließung des Geschäfts eine gleich geeignete mildere Maßnahme ist. Ebenfalls kann zu erörtern sein, ob die Verpflichtung von Kunden, in einem Geschäft eine Maske zu tragen, die Mund und Nase bedeckt, gegenüber der Geschäftsschließung eine mildere, gleich geeignete Maßnahme ist.

Bei der Erforderlichkeitsprüfung können Sie auch mit dem Beklagtenargument konfrontiert werden, der Bürger werde sich an eine alternative Maßnahme sowieso nicht halten. Denkbar ist auch das Argument, die Einhaltung einer alternativen Maßnahme sei nicht kontrollierbar. Diesem Argument sollten Sie nicht ohne Weiteres folgen. Das Grundgesetz geht im Gegenteil grundsätzlich davon aus, dass der Bürger sich an gesetzliche Ge- und Verbote hält. Ohne **konkrete Anhaltspunkte** für eine generelle Nichtbeachtung einer Alternativregelung sollten Sie diesem Argument daher nicht folgen.

Anschließend müssen Sie die **Angemessenheit** der Maßnahmen prüfen. Es kommt insoweit darauf an, ob die Maßnahme bezogen auf die Belastungsintensität völlig außer Verhältnis zum erstrebten Zweck steht. Dabei müssen Sie sich immer klar machen, dass die Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz regelmäßig darauf abzielen, Infektionsrisiken zu vermindern. Sie müssen bei der Angemessenheitsprüfung daher den Umfang der Verminderung des Infektionsrisikos der Intensität der Freiheitsbeeinträchtigung gegenüberstellen. Wollte die Behörde etwa das Spaziergehen an frischer Luft ohne einen Versorgungszweck beschränken, müssten sie beispielsweise prüfen, welches Infektionsrisiko dem Spaziergehen innewohnt und ob die Minderung dieses sehr geringen Infektionsrisikos noch im Verhältnis zu der Intensität der dadurch bewirkten Freiheitsbeschränkung stehen würde.

Naturwissenschaftliche Vorfragen

Sie sehen, dass es bei der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips entscheidend auf die **Einschätzung naturwissenschaftlicher Vorfragen** ankommt, z.B. die Höhe des Infektionsrisikos und wie stark dieses durch eine Maßnahme verringert werden kann. Es ist Aufgabe der Behörde, sich darüber, soweit entscheidungserheblich, vor Erlass einer Verfügung Gedanken zu machen (§ 24 VwVfG). Soweit es um zukünftig eintretende Ereignisse geht, wie z.B. die Veränderung von Infektionszahlen, genügt die Behörde ihrer Amtsermittlungspflicht, wenn sie eine ordnungsgemäße Prognose über das zu erwartende Ergebnis anstellt. Im gerichtlichen Verfahren erstellt das Gericht dann keine eigene Prognose, sondern kontrolliert die behördliche Prognose lediglich darauf, ob die Behörde von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, ob sie für ihre Prognose eine wissenschaftlich geeignete Methode angewendet hat und ob sie diese Methode auf den festgestellten

Sachverhalt zutreffend angewendet hat.¹⁷ Die Behörde ist bei länger wirkenden Maßnahmen, die auf einer behördlichen Prognose gründen, zudem verpflichtet, den ihrer Prognose zugrunde liegenden Sachverhalt und die Eignung der von ihr angewendeten Prognose kontinuierlich zu überprüfen. Naheliegende Möglichkeiten der Gewinnung zusätzlicher Informationen, die ihr eine genauere Prognose ermöglichen, muss sie ausschöpfen. Genügt die behördliche Prognose diesen Anforderungen nicht, kann sie die verfügten Einschränkungen nicht tragen. Diese sind dann ohne Weiteres vom Gericht aufzuheben. Zur Erstellung einer eigenen Prognose anstelle der Behörden sind die Gerichte dagegen nicht befugt.

Grundrechtsverletzungen

Neben der Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dürfen Sie die Prüfung möglicherweise durch die Verletzung verletzter Grundrechte nicht aus dem Blick verlieren. Nach dem im Verwaltungsprozess geltenden Grundsatz, das Gericht antwortet auf die Rechtsfragen der Parteien, erstrecken Sie Ihre Prüfung auf alle Grundrechte, deren Verletzung der Kläger rügt. Insbesondere kommen folgende Probleme in Betracht:

Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG):

Art. 2 Abs. 1 GG schützt **jedes menschliche Verhalten**, ohne Rücksicht darauf, ob es unter sozialem Gesichtspunkten wertvoll ist oder ob es sich lediglich als Ausdruck personaler Willkür darstellt.¹⁸ Die allgemeine Handlungsfreiheit kann durch oder aufgrund Gesetzes eingeschränkt werden, solange und soweit diese Beschränkung verhältnismäßig ist. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung gilt das oben Gesagte. Zum **Kernbereich** des Grundrechts gehört das Verhältnis von Freiheit und staatlicher Einschränkung. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist grundsätzlich unbeschränkt. Der Einzelne muss ihre Ausübung oder Nichtausübung nicht begründen. Die Motive seines Handelns sind staatlicher Bewertung entzogen. Jede staatliche Einschränkung bedarf einer verfassungsrechtlich tragfähigen Begründung. Kann der Staat diese nicht (mehr) leisten, ist die Beschränkung verfassungswidrig. Die damit beschriebene grundsätzliche Vermutung der Freiheit ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein zentrales konstitutives Element einer freiheitlichen Demokratie.¹⁹ Eine Umkehr dieses Prinzips - etwa durch eine Ausgangssperre oder ähnlich wirkende Maßnahmen, die dazu führen, dass Freiheitsbetätigung grundsätzlich verboten ist und nur ausnahmsweise gestattet wird - kann daher allenfalls ganz vorübergehend und auch nur dann verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein, wenn überragende Werte von Verfassungsrang nicht auf andere Weise geschützt werden können.

Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG):

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die engere persönliche Lebenssphäre. Dazu zählt die Privat- und Intimsphäre, in die er sich frei von jeder staatlichen Kontrolle und sonstiger Beeinträchtigung zurückziehen und

¹⁷ vgl. z.B.: BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 2019 – 8 C 3.19 – juris Rn. 18 ff.

¹⁸ vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 – 2 BvL 43/92 u.a. – BVerfGE 90, 145 <171>

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 28. März 2017 – 1 BvR 1384/16 – juris Rn. 16

mit den Mitgliedern seines engsten Familienkreises oder anderen Vertrauenspersonen ungestört kommunizieren kann.²⁰ In diesem Bereich muss der Einzelne unbeobachtet sich selbst überlassen sein und muss mit besonderen Vertrauenspersonen ohne Rücksicht auf gesellschaftliche Verhaltenserwartungen und ohne Furcht vor staatlichen Repressalien frei verkehren können.²¹

Staatliche Eingriffe in die Privatsphäre können aufgrund Gesetzes erfolgen, soweit sie verhältnismäßig sind. Dabei gilt, dass der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung – die Intimsphäre – absolut unantastbar ist.²² Insbesondere bei Kontaktverboten, die auf das Infektionsschutzgesetz gegründet werden, müssen Sie prüfen, ob dieser Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betroffen ist, weil in solchen Fällen der vom Schutz der Intimsphäre umfasste Kontakt zu engen Vertrauenspersonen verhindert wird. Die durch solche Kontakte entstehenden Infektionsrisiken sind von Verfassungswegen immer hinzunehmen.

Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG i.V.m. Art. 104 Abs. 2 GG):

Das Recht der Freiheit der Person schützt die **körperliche Bewegungsfreiheit**. Daraus folgt aber kein Recht, einen bestimmten Ort aufzusuchen, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zugänglich ist.²³ Dem hohen Rang der persönlichen Freiheit tragen die verfahrensrechtlichen Sicherungen des Art. 104 Abs. 1 GG - bei Freiheitsbeschränkungen - und Art. 104 Abs. 2 bis 4 GG - bei Freiheitsentziehungen - Rechnung. Eine **Freiheitsbeschränkung** liegt immer schon dann vor, wenn der Einzelne gegen seinen Willen durch die öffentliche Gewalt daran gehindert wird, einen Ort, dessen Erreichen ihm an sich physisch-real möglich wäre aufzusuchen, dort zu verbleiben oder sich von diesem zu entfernen.²⁴ Eine **Freiheitsentziehung** liegt dagegen erst dann vor, wenn die tatsächlich und rechtlich gegebene Bewegungsfreiheit nach allen Seiten hin aufgehoben wird²⁵ und dieser Zustand länger als eine halbe Stunde andauert.²⁶

Für alle Freiheitsbeschränkungen gilt: Sie stehen unter dem Vorbehalt eines **förmlichen Gesetzes**.²⁷ Das zu einer Freiheitsbeschränkung ermächtigende Gesetz muss dem **Bestimmtheitsgebot** genügen. Das bedeutet, dass der parlamentarische Gesetzgeber die Grundzüge des Eingriffs unmittelbar und hinreichend bestimmt regeln muss.²⁸ Mit Eingriffsintensität steigt der erforderliche Grad der Bestimmtheit der durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst zu normierenden Eingriffsvoraussetzungen.²⁹ Im Übrigen gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip.³⁰

²⁰ BVerfG, Urteil vom 8. Juli 1997 – 1 BvR 2111/94 - BVerfGE 96, 171 <181>

²¹ BVerfG, Beschluss vom 11. April 1973 – 2 BvR 701/72 - BVerfGE 35, 35 <39 f.>

²² z.B. Unterhaltung von Eheleuten in der Ehewohnung: BGH, Urteil vom 16. März 1983, NJW 1983, 1569 <1570>, Zwang zu einer ärztlichen Untersuchung des Arbeitnehmers mit daran anschließender Offenbarungspflicht personenbezogener Gesundheitsdaten an den Arbeitgeber: BAG Urteil vom 12. August 1999, NJW 2000, 604 <605>

²³ BVerfG, Urteil vom 14. Mai 1996 – 2 BvR 1516/93 - BVerfG NVwZ 1996, 678 <681>

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 15. Mai 2002 – 2 BvR 2292/00 - BVerfGE 105, 239 <248>

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 8. März 2011 – 1 BvR 47.05 - BVerfG NStZ 2011, 529 <530>

²⁶ BVerfG, Urteil vom 24. Juli 2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16 - NJW 2018, 2619 Rn. 68

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1988 – 2 BvR 234/87, 2 BvR 1154/86 - BVerfGE 78, 374 <383>

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 6. Mai 1987 – 2 BvL 11/85 - BVerfGE 75, 329 <342 f.>

²⁹ BVerfG, Urteil vom 5. Februar 2004 – 2 BvR 2029/01 - BVerfGE 109, 133 <188>

³⁰ BVerfG, Beschluss vom 23. Januar 2019 – 2 BvR 2429/18 - BVerfG NJW 2019, 915 Rn. 54

Für Freiheitsentziehungen gilt der **Richtervorbehalt** des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Vorschrift dient dem vorgängigen Grundrechtsschutz. Sie weist dem Richter die Aufgabe zu, eigenständig aufgrund eigener Aufklärung und Feststellung der relevanten Tatsachen zu entscheiden.³¹ Soweit die Exekutive eine vorläufige Freiheitsentziehung verfügt, ist diese innerhalb der Fristen des Art. 104 Abs. 2 GG durch den Richter zu kontrollieren. Geschieht dies nicht, ist die Entscheidung schon deswegen (unheilbar) rechtswidrig. Jede Fortdauer der Freiheitsentziehung bedarf ebenfalls einer richterlichen Entscheidung.

Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG):

Art. 8 Abs. 1 GG schützt seinem Wortlaut nach das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Es greift nach herrschender Meinung ein, wenn **zwei Personen** zusammenfinden, um an der **öffentlichen Meinungsbildung** teilzunehmen.³² Das Grundrecht schützt nicht nur das sich Versammeln überhaupt, sondern auch die Entscheidung hinsichtlich Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt einer Versammlung.³³ Art. 8 Abs. 2 GG erlaubt seine **Beschränkung** für Versammlungen unter freiem Himmel durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes. Versammlungen in geschlossenen Räumen dürfen lediglich unter Berufung auf kollidierende **Werte von Verfassungsrang**, wie etwa die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens beschränkt werden. Einschränkungen der Versammlungsfreiheit unterliegen, wie die anderer Grundrechte auch, dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip**. Versammlungsverbote sind danach unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit nur zulässig, wenn Auflagen (etwa Distanzierungsgebote) nicht gleich wirksam sind.

Geht es um eine Versammlung, die sich gerade gegen die Befugnis des Gesetzgebers richtet, Versammlungen aus infektionsschutzrechtlichen Gründen zu verbieten, müssen Sie außerdem die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der Verfassungsgerichte der Länder und des Bundesverwaltungsgerichts zum **demokratischen Meinungsbildungsprozess** berücksichtigen. Dieser wird durch Art. 5, Art. 8 und Art. 9 GG garantiert.³⁴ Die drei genannten Vorschriften stellen sicher, dass sich demokratische Willensbildung vom Volk hin zur Regierung – und nicht umgekehrt – vollzieht. Art. 8 GG kommt dabei die Funktion zu, denjenigen Menschen demokratische Teilhabe zu sichern, die sich nicht durch öffentliche Äußerungen in den Medien oder durch Bildung von Vereinigungen Gehör in diesem Meinungsbildungsprozess verschaffen können.³⁵ Dieser Aspekt ist für das Funktionieren einer freiheitlichen Demokratie auch in der Krise so zentral, dass das Verbot solcher Versammlungen kaum rechtfertigungsfähig erscheint. Durch solche Versammlungen entstehende Infektionsrisiken sind im Interesse des Funktionierens der freiheitlichen Demokratie grundsätzlich hinzunehmen und dürfen allenfalls durch Auflagen abgemildert werden.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 30. Oktober 1990 – 2 BvR 562/88 - BVerfGE 83, 24 <34>

³² BVerfG, Beschluss vom 24. Oktober 2001 – 1 BvR 1190/90 u.a. - BVerfGE 104, 92 <104>

³³ BVerfG, Beschluss vom 16. Juli 1985 – 1 BvL 5/80 u.a. - BVerfGE 69, 315 <343>

³⁴ BVerfG Urteil vom 19. Juli 1966 - 2 BvF 1/65 - BVerfGE 20, 56 Rn. 136

³⁵ BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 1985 - 1 BvR 233, 342/81 - BVerfGE 69, 315 Rn. 66 f.

Berufs- und Gewerbefreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit einen Beruf – im Sinne einer auf dauerhaften Erwerb gerichteten, wirtschaftlich sinnvollen, in selbständiger oder unselbständiger Stellung ausgeübten Tätigkeit – zu ergreifen³⁶ und seine Ausübung selbstbestimmt zu gestalten.³⁷ Eingriffe in die Berufsfreiheit müssen dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Je intensiver der Eingriff ist, umso höher sind die Rechtfertigungsanforderungen. Eingriffe in die Berufswahlfreiheit bedürfen daher gewichtigerer Rechtfertigungsgründe als Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit. Innerhalb der Eingriffe in die Berufswahlfreiheit bedürfen Beschränkungen der Berufswahl, die an Kriterien anknüpfen, die der Grundrechtsträger nicht beeinflussen kann, einer höheren Rechtfertigung als Beschränkungen, die an Gesichtspunkte anknüpfen, die der Grundrechtsträger beeinflussen kann.³⁸

Veranstaltungsverbote und Geschäftsschließungen, die auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes ergehen, werden Sie regelmäßig als **Berufsausübungsregelung** ansehen können, wenn sie vorübergehend sind. Das kann sich anders darstellen, wenn solche Verbote **unbefristet** verfügt und keine klaren, erfüllbaren Kriterien für ein **Ende dieser Verbote** benannt werden. Dann kommt auch eine Einordnung als Beschränkung der **Berufswahlfreiheit** in Betracht. Im Rahmen der anschließend von Ihnen vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung müssen sie, wie oben ausgeführt, ihr Augenmerk besonders auf den verfolgten Zweck, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der Maßnahme legen. Dient eine Maßnahme dem Schutz vor der Verbreitung von Infektionskrankheiten, müssen Sie sich der Frage stellen, ob eine Öffnung des Geschäfts unter sicherer Vermeidung von Infektionsrisiken (z.B. Zugangsbeschränkungen, Umgestaltung des Innenbereiches) im konkreten Einzelfall möglich ist. Wenn Sie dies bejahen, kann diese Maßnahme ein gleich geeignetes milderes Mittel sein, das einer Geschäftsschließung oder einem Veranstaltungsverbot entgegensteht.

Und auch hier gilt wieder: Sie dürfen dem Einwand, Abstandgebote oder andere Austauschmittel würden ohnehin nicht ausreichend konsequent eingehalten, nicht ohne Weiteres zustimmen. Die Verfassung vertraut grundsätzlich auf die Befolgung von Normen durch deren Adressaten. Anderes dürfen Sie aber annehmen, wenn bereits Verstöße aufgetreten und Anhaltspunkte dafür bestehen, dass weitere Verstöße zu erwarten sind.

bb) Eilverfahren

Wendet der Adressat einer infektionsschutzrechtlichen Verfügung sich im Eilverfahren gegen diese Verfügung stellt sich im Rahmen der **Zulässigkeitsprüfung** zunächst die Frage nach dem statthaften Rechtsbehelf. Da es sich bei der Verfügung um einen Verwaltungsakt handelt, kommt ein Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 VwGO und nicht die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO in Betracht. Statthaft ist regelmäßig der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung, weil infektionsschutzrechtliche Verfügungen regelmäßig gemäß § 28 III i.V.m. § 16 VIII IfSG kraft Gesetzes sofort vollziehbar sind.

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 1952 – 1 PBvV 1/52 - BVerfGE 2, 93

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 16. März 1971 – 1 BvR 52/66 u.a. - BVerfGE 30, 313

³⁸ BVerfG, Beschluss vom 11. Jun i1958 – 1 BvR 596/56 - BVerfGE 7, 405 ff.

Im Rahmen der **Begründetheit** wenden Sie das allgemeine Prüfungsschema an. Ihrer Prüfung vorangestellt ist der Hinweis auf die erforderliche Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer Vollziehung der Verfügung schon vor einem endgültigen Urteil über ihre Rechtmäßigkeit und dem Interesse des Adressaten vor einer solchen Vollziehung verschont zu bleiben. In der Assessorklausur wird sodann von Ihnen eine summarische (heißt: Prüfung nach Aktenlage) Prüfung der Rechtmäßigkeit der Verfügung erwartet, wie sie oben dargestellt worden ist. Ihre Entscheidung über den Eilantrag folgt dann dem Ergebnis der summarischen Prüfung.

b) Anspruch auf Erlass einer infektionsschutzrechtlichen Verfügung

aa) Hauptsacherechtschutz

In der jüngeren Zeit hat es verschiedentlich auch Rechtsstreitigkeiten gegeben, in denen der Kläger den Erlass einer infektionsschutzrechtlichen Verfügung begehrt hat.³⁹ Hintergrund ist nicht selten die Hoffnung anschließend staatliche Entschädigung für die Dauer einer angeordneten Betriebsschließung zu erhalten.

Statthafte Klageart ist regelmäßig die Verpflichtungsklage. **Klagebefugt** ist der Kläger, wenn die Möglichkeit besteht, dass er in einem subjektiven Recht aus dem Infektionsschutzgesetz verletzt ist. Das werden Sie regelmäßig bejahen können, weil kaum ein Fall denkbar ist, in dem der Kläger nicht zum Kreis der von § 28 I IfSG geschützten Personen gehört.

Im Rahmen der **Begründetheit** müssen Sie dann prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage gegeben sind, die die vom Kläger gewünschte Rechtsfolge vorsieht. Ist das der Fall, ist die Behörde, wie oben ausgeführt, grundsätzlich zum Einschreiten verpflichtet. Danach müssen Sie weiter prüfen, ob sich das behördliche Auswahlermessen auf die vom Kläger beehrte Maßnahme verdichtet hat.

bb) Eilrechtsschutz

Eilrechtsschutz kann in diesen Fällen über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung erreicht werden (§ 123 Abs. 1 VwGO). Dabei handelt es sich regelmäßig um eine Regelungsanordnung, weil der Antragsteller die Erweiterung seines Rechtskreises begehrt. In der Begründetheit prüfen Sie, ob der Antragsteller einen Anordnungsanspruch hat. Das ist der Fall, wenn er glaubhaft machen kann, in der Hauptsache einen Verpflichtungsanspruch zu haben. Außerdem prüfen Sie, ob ein Anordnungsgrund vorliegt. Spätestens an diesem Punkt müssen Sie in solchen Fällen außerdem prüfen, ob eine Vorwegnahme der Hauptsache geboten ist. Das ist regelmäßig anzunehmen, wenn effektiver Rechtsschutz aufgrund dessen Dauer nicht zu erlangen ist.

c) Infektionsschutzrechtliche Verordnung

§ 32 Satz 1 IfSG ermächtigt die Landesregierungen unter den Voraussetzungen, die für Maßnahmen nach §§ 28 bis 31 maßgebend sind, durch Rechtsverordnung Gebote und Verbote zur Bekämpfung übertragbarer

³⁹ VG Frankfurt am Main, Beschluss vom 26. März 2020 - 5 L 744.20 – Verpflichtung zur Untersagung einer Hauptversammlung, VG Wiesbaden, Beschluss vom 30. März 2020 – 6 L 342.20.WI – Freistellung von der Abiturprüfung, VG Dresden, Beschluss vom 7. April 2020 – 6 L 224.20 – Anspruch auf behördliche Schließungsanordnung, VG Cottbus, Beschluss vom 9. April 2020 – 1 L 175.20 – Anspruch auf Absage einer Sitzung des Wirtschaftsausschusses einer Gemeinde

Krankheiten zu erlassen. Der Erlass einer Rechtsverordnung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Kreis der Adressaten der erstrebten Regelung nicht von vornherein feststeht.⁴⁰

aa) Hauptsacheverfahren

Gegen die Regelungen einer solchen Verordnung kann entweder (negative) **Feststellungsklage** gemäß § 43 I VwGO oder, falls landesrechtlich zugelassen, die **abstrakte Normenkontrolle** nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, angebracht werden. Das erforderliche **Feststellungsinteresse** (§ 43 I VwGO) bzw. die **Antragsbefugnis** (§ 47 II VwGO) werden regelmäßig gegeben sein.

Im Rahmen der **Begründetheitsprüfung** müssen Sie dann zunächst erörtern, ob es überhaupt eine **Ermächtigungsgrundlage** für die Verordnung gibt. Hier werden Sie regelmäßig § 32 Satz 1 IfSG anwenden können. Denkbar ist aber auch ein Rückgriff auf die Verordnungsermächtigung in § 5 Abs. 2 Nr. 3, 4, 7, 8 IfSG. Die Verordnung ist **formell rechtmäßig**, wenn das nach Landesrecht vorgesehene Verfahren eingehalten worden ist. Insoweit wird man ihnen gegebenenfalls zusätzliche landesrechtliche Vorschriften im Sachverhalt der Examenklausur an die Hand geben. Anschließend gehen Sie auf **die materielle Rechtmäßigkeit** der Verordnung ein. Hier müssen Sie dann zunächst erläutern, warum Sie die **gewählte Ermächtigungsgrundlage** für einschlägig halten und nicht etwa eine andere. Dabei verfahren Sie letztlich genauso, wie bei der Auflösung der Konkurrenz von Ermächtigungsgrundlagen für Verfügungen. Anschließend prüfen Sie, ob die **Ermächtigungsgrundlage verfassungskonform** ist. Denken Sie dabei an **Art. 80 Abs. 1 GG**, der verlangt, dass die Ermächtigungsgrundlage für eine Verordnung Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung hinreichend konkret regelt muss, andernfalls sie verfassungswidrig ist. Anschließend werden Sie voraussichtlich mit der Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Regelungen der Verordnung konfrontiert. In der Praxis waren hier bisher vor allem Streitigkeiten über Ausgangsbeschränkungen⁴¹, Kontakt⁴² und Reiseverbote⁴³ relevant. In der Sache werden die bereits bei der infektionsschutzrechtlichen Verfügung angesprochenen verfassungsrechtlichen Probleme relevant sein.

bb) Eilverfahren

Auch in diesen Fällen sind Eilverfahren denkbar. Statthaft kann entweder die **einstweilige Anordnung** auf (vorläufige) Feststellung sein, dass Regelungen einer infektionsschutzrechtlichen Verordnung nichtig sind, oder ein **Antrag nach § 47 Abs. 6 VwGO**.

RiBVerwG Dr. Seegmüller

⁴⁰ VG München, Beschluss vom 24. März 2020 – M 26 S 20.1252 -

⁴¹ VG Saarlouis, Beschluss vom 30. März 2020 – 6 L 340.20 -, VG Berlin, Beschluss vom 3. April 2020 – 14 L 31.20 -

⁴² VG Schleswig, Beschluss vom 1. April 2020 – 1 B 32.20 -, VG Hamburg, Beschluss vom 2. April 2020 - 21 E 1509.20 -, VG Schleswig Beschluss vom 3. April 2020 – 1 B 35.20 -

⁴³ VG Greifswald, Beschluss vom 8. April 2020 - 4 B 339.20 -, OVG Greifswald, Beschluss vom 9. April 2020 – 2 KM 268.20 -